

POR EL CONVENTO, Y MONJAS DE NVESTRA SEÑORA DE LA ENCARNACION DE LA VILLA DE VILLANVEVA DE LOS INFANTES, POR CABEZA DE D. MARIA VELEZ DEL BVSTO, RELIGIOSA PROFESSA EN EL.

EN EL PLEYTO

CON DON AGVSTIN GODINEZ DEL BVSTO, VEZINO, Y REGIDOR DE DICHA VILLA.

Impressa en Granada, en la Imprenta Real de Nicolas Antonio Sanchez, enfrente del Hospital de Corpus Christi. Año de 1673.

N. 1. EL Doctor Agustin del Busto, vezino de dicha Villa, teniendo por sus hijos, y de doña Maria de la Madriz su muger, à don Agustin del Busto, y doña Maria del Busto, en el testamento que otorgò en veynte y dos de Abril del año passado de 1605. por via de mejora del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, fundò vinculo, y mayorazgo perpetuo à fauor de dicho don Agustin del Busto, y despues haze los llamamientos de las clausulas siguientes.

2 ¶ *Primeramente, que despues de los dias del dicho Agustin del Busto mi hijo, suceda en los dichos bienes vinculados el hijo varon, o hembra que tuuiere, legitimo de legitimo matrimonio, nacido, prefiriendo siempre el varon à la hembra, aunque sea menor de edad el varon, porque es mi voluntad que el varon sea preferido à la hembra, aunque sea de menos edad que la hembra. Y no teniendo el dicho Agustin del Busto mi hijo ningun hijo varon, ni hembra, lo que Dios Nuestro Señor no permita, suceda en dichos bienes vinculados doña Maria del Busto mi hija, muger de Iuan Godiens de Adrada, y despues de sus dias, suceda el hijo varon mayor, ò en hembra que tuuiere, prefiriendo el varon, aunque sea de menos edad à la hembra de mayor edad; y assi sucessiuamente, è lo que Dios no permita faltando mi sucession por linea derecha, suceda en los dichos bienes vinculados por linea transversal à doña Catalina del Busto y Sandoual, su sobrina;* y despues à su pariente mas cercano, con la dicha prelaciō de los varones à las hembras.

Assi-

3 ¶ Asimismo mandò, que el que sucediesse tenga el apellido del Busto, y viua en dicha Villa, no siendo Catedratico de la Vniuersidad de Salamanca, ò estando en seruicio de su Magestad, y luego por clausula especial excluye absolutamente de la sucesion à los Religiosos, que por ser la que ha dado motiuo à este pleyto, parece preciso referirla, ibi:

4 ¶ *Item, que ningun Religioso de ningun Orden, ni Monasterio, ni Clerigo de la Orden de San Pedro, no pueda suceder, ni suceda en los dichos bienes vinculados, si no fuere de la Orden Militar, è Caualleria de Santiago, ò Alcantara, ò Calatraua, que libremente se puedan casar, que estos mando sucedan en los dichos bienes, y no otros de otras Ordenes, è lo que està dicho de los Clerigos de la Orden de San Pedro, mando que no se entienda, ni comprehenda à mis hijos, y descendientes, porque aunque sean Clerigos de la Orden de San Pedro, mando no sean priuados de esta sucession, è si el posseedor atentare à entrar en qualquiera de las dichas Ordenes de Religion, mando que luego que dispusiere à tomar el Abito, y hazer Profession, sea priuado del derecho, y possession que tenga, è tuuiere à los dichos bienes vinculados, è suceda el llamado por este testamento, è mando, que auiendo lego descendiente mio no suceda ninguno que sea Clerigo.*

5 ¶ Tambien excluye, y priua de la sucession al que no fuere Christiano viejo, y limpio de toda mancha, y al que se casare con persona que no lo sea, ò con muger que no sea su igual en todo, ò reciba su persona, è linage alguna quiebra, ò infamia.

6 ¶ Sucediò el dicho don Agustin del Busto, primero llamado, por muerte de su padre, y por no tener hijo varon, doña Luysa del

Bus-

Busto, su hija mayor, que fue la vltima posseedora, la qual murio por los fines del año de setenta y ocho, sin dexar sucession, y por auerle diferido la de dicho mayorazgo à dicha doña Maria Velez del Busto, Religiosa, y por su cabeça à dicho Conveto, ccoieron, y dexaro el gozo de los frutos, y rentas à doña Ana de Muxica su madre.

7 ¶ Don Agustin Godinez del Busto, como hijo de dicha doña Maria del Busto, y nieto del fundador, la pretendiò inquietar, jactandose, y publicando que le tocaua la sucession, y no à dicha Religiosa, por estar excluyda, y por dicha doña Ana Muxica se le puso demanda de jactancia en esta Corte, por el mes de Enero del año passado de 69. y aunque se le emplaçò, no hizo defensa alguna, y estuuo la dicha doña Ana Muxica, percibiendo, y gozando los frutos, y rentas hasta el mes de Octubre del año passado de 71. que muriò.

8 ¶ Por su muerte se pidiò possession por dicho don Agustin Godines, por dezir auersele transferido por muerte de doña Luysa del Busto, vltima posseedora, y no poder suceder doña Maria Velez del Busto, ni sus dos hermanas, por ser Religiosas en dicho Convento; y que se embargassen los frutos, y bienes de doña Maria de la Madriz, por dezir auer desmembraciones en los vinculados; mandòsele dar por el inferior, sin citar al Convento, y aunque saliò contradiziendola, alegando su capazidad, y possession, desde antes de la demanda de jactancia, no se le oyò hasta que dicho don Agustin la auia tomado, nò solo de los bienes vinculados, sino de otros muchos.

9 ¶ El Convento, y Religiosas se querellaron en esta Corte, y pidieron retencion, y auiendosse retenido los autos, y alegò de su justicia, y deuerle amparar en su possession, por ser

capazidad, y no poder substituyr su exclusion, por ser fundacion del tercio, y quinto; y pidiò atentado.

10 ¶ Por D. Agustin, se pretendiò q̃ se auia de remitir el conocimiẽto al Cõsejo de las Ordenes, por auer apelado de no auerle fecho dicho embargo, y presentadosse en èl, en donde se trauò la cõpetencia, y en veynte y siete de Agosto se remitiò el conocimiento à esta Corte, dõde las partes pidiessen su justicia.

11 ¶ Y auiendose afirmado en el Cõvento, por la de don Agustin se alegò, deuerse cõfirmar los autos de possession del inferior, por ser descendiente del fundador, y no poder suceder los Religiosos, ni por su cabeça el Cõvento, auiendo descendientes, y no auer sido la exclusion absoluta, si no mientras los huuiesse, lo qual no era contra la naturaleza de dicha fundacion de tercio y quinto.

12 ¶ Y concluso, huuo autos de vista, y reuista de atentado en forma, à fauor del Convento, de que se le despachò executoria.

13 ¶ Y por sentencia de vista se reuocaron los autos del inferior, en que se mandò dar la possession à don Agustin Godines del Busto, y se mandò dar la possesion al Convento, por cabeça de doña Maria Velez del Busto, con los frutos desde el dia de la muerte de doña Ana Mexica su madre.

14 ¶ De que por el dicho don Agustin se suplicò, y por el Convento se pretende, que se deue confirmar la sentencia de vista, por los fundamentos siguientes.

15 ¶ El primero, porque en quanto al remedio possessorio, intentado por don Agustin, no puede tener lugar en el caso presente, por la possession indubitable en que la Religiosa ha estado desde la muerte de doña Luysa del Busto,

su

su hermana, vltima posseedora, como lo tiene calificado la carta executoria de atentado, que precisamente supone dicha possession, y el despojo de ella, *ex iuribus vulgatis.*

16 ¶ Y assi auiendo posseedor tan cierto, no puede tener lugar, y cessa totalmente dicho juyzio possessorio, ad notata per D. Paz, *de Tenut. cap. 28. num. 27. & 34. & cap. 36. & iterum in cap. 54. num. 19. & in cap. 61. num. 8.*

17 ¶ Y para ello le bastarà solamente la possession de vn año, nam eo translacto, non datur iuditium possessorium, vt periura Regia, & multis comprouat D. D. Ioseph Vela, *tom. 2. dissert. 48. num. 7.*

18 ¶ Et idem procedit, no solamente por las leyes del fuero que cita el señor don Ioseph Vela, sed iure communi, quia omnia interdicta sunt annalia, *l. 1. ff. de interdict. §. eas, Institut. de perpet. à temporalibus actionib.* melior tex. *in l. 1. in principio, ff. vti possideits,* vbi traditur pro regula, ibi: *Intra annum, quo primum experiendi potestas fuerit, agere permittant.*

19 ¶ Et sic, qui in vltimo anno, quãuis de facto possideat, potior est, & in possessione tuendus, Rebuff. *in Tractat. de Mater. Posses. gloss. 2. num.* 3. Guid. Papa, *decis. 552. num. 5. & 6.* Tiraquel. *in Tractat. de Lemors, part. 5. declaras. 3. num. 14.*

20 ¶ Y respeto de ello, & si possessio, sit sequestranda, quando timentur dixe inter partes, iuxta text. *in l. æquissimũ, ff. de vsufruct. fallit tamen.* Quando alguna de las partes huuiere estado en la possession por tiempo de vn año. Iasson, *in l. quidam existimauerunt, num. 4. ff. si certum petat.* Decio, *in l. fin. de Edit. Diu. Adrian. tollend. num.* Ypolit. *de Mersil. singul. 553.*

Ni

21 ¶ Ni obstarà, que el Convento, ni la Religiosa no ayan gozado los frutos, por auerselo dexado, y cedido à doña Ana Muxica, que por su consentimiento los percibio hasta que muriò, por auerlo hecho en nombre de dicha Religiosa, ad text. *in l. quod meo, de acquir. possess. l. male agitur, ff. de prascrip. trigint. vel quadrag. annorum, nam his posidet cuius nomine posidetur, §. posidere, Instit. de interdict.* Hugo Donel. *lib. 5. Comentar. Iuris, cap. 10.* ad quod facit, quod latè fundat, Dom. D. Iuan de Larrea. *decis. 55. fere per totam pracipuè, nu. 4. cum sequentib. tom. 2.*

22 ¶ Y de aqui es, que quando alguno posee en nombre de persona Eclesiastica, ò Religion, es el tal Eclesiastico, ò la Religion, como dueño, y posseedor à quien toca la defensa en su fuero, contra el inquietador, ex notatis à Dom. Couarr. *Practic. quast. 8. num. 3.* elegantet Caualcan. *decis. 8. num. 16. & 17.*

23 ¶ Y el segundo fundamento, assi en lo possessorio, como en quãto a la justicia principal es por la capazidad notoria de dicho Cõvẽto para la sucessiõ de qualesquier bienes, como regularmente lo son todos, exceptos los Capuchinos, y Franciscos de la Observancia, ex *expressa dispositione, Consilij Tridentini, cap. 3. Sess. 25. de reformat.* Y lo mismo procede en las Religiosas, aunque sean de Santa Clara, en quien pudiera auer mayor razon de dudar, por de dicha Orden de señor San Francisco, Augustin Barbos. *in Collect. in dict. cap. 3. num. 2. & 6.*

24 ¶ Y en sucessiones de mayorazgos, por la vida de las Religiosas, quia nõ admitunt iura sanguinis, neque de genere desinunt esse, vt probatur. *in cap. 1. 18. quast. 1. cap. vbi 19 quast. 3.* tenent, & concludunt prater alios plurimus quos omittimus Baldo, *in l. cum acutissimi,*

ssimi, num. 2. C. de fideicommiss. Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 13. à num. 77. & sequent.* Gram. *decis. 6. per tot.* Caued. *decis. 133. à nu. 7.* Auend. *in l. 40. Taur. gloss. 4.* per totam: optimè Pat. Manuel Rodriguez, *Quæst. Regular. lib. 3. cap. 29. art. 14.* Casanat. multos plures referens, *cons. 26. à num. 2. & sequentib.* Pat. Hermosill. Sanch. *de Statuto Religios. lib. 7. capit. 12. à numer. 2* Y en terminos de Conventos de Santo Domingo, como lo es el de la Encarnacion de Villanueua de los Infantes, Mieres, *de Maiorat. 1. part. quæst. 3. à 37. & sequentib.*

25 ¶ Ni puede obstar que el fundador los huuiesse excluydo tan clara, y absolutamente, vt in clausula relata *sup. num. 4.* Porque auiendo sido la fundacion del tercio, y quinto de sus bienes, no lo pudo hazer por ser contra la forma, y orden de la ley 27. de Toro, que precisamente deuiò observar, reiectis omnibus, exclusionibus, conditionibus, & grauaminibus, ab institutore impositis, como en los mismos terminos lo resuelven Dom. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 12. num. 54.* vbi Addit. Angul. *de Maiorat. in l. 11. gloss. 4. num. 9.* Dom. Perez de Lara, *de Vita Homin. cap. 30. num. 122.* Pater Thomas Sanch. *de Matrim. lib. 1. disp. 34. nu. 14. in fin. & de Religios. Statu. lib. 7. cap. 15. num. 6.* D. D. Iuan del Castill. *lib. 3. cap. 12. num. 48. & lib. 5. cap. 99. per tot. & cap. 100. à num. 1.* vbi latè fundat, que por razon de la vnion deue preceder lo mismo en el tercio, que en quinto, & alijs relatis Roxas, *de Incompatibil. part. 7. cap. 5. à num. 10.*

26 ¶ Lo qual es en tanto grado cierto, que no solamente procede en quanto à la propiedad, y justicia principal, si no el juyzio possessorio, y en el de tenuta, porq̃ aũq lo regular es, que

que en tales juyzios solamente se atienda à lo extrinseco de las disposiciones, reservando para el de la propiedad lo que mirare à el defecto de potestad, ò subsistencia de la disposicion. Ad text. *in l. 2. C. de edit.* Diu. Adrian. Tollend. optimus text. *in l. scriptum, C. de probationib.* Menoch. *de Adispicend. Possess. remed. 4. nu. 726.*

27 ¶ Attamen, como es tan precisa la forma, y tan indispensable la, es orden de la ley 27. de Toro, y q̃ los q̃ fueren llamados contra su observancia, no pueden ser capazes de la sucessión, no puede la ley 45. de Toro obrar en su fauor, ni por ella transferirseles possessión alguna, sino solo en los que se hallaren capazes de suceder: ad optimè considerata per Tiraquel. *in Tractat. de Lenior. part. 2. declar. 1. à num. 2. & declar. 2. num. 1. & 6. Dum existimat, statutum, & consuetudinem in solos capaces hareditatẽ trãsferre.* Y en los terminos de juyzio possessorio, y de tenuta Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 3. num. 24. & 25.*

28 ¶ Et singulariter, en los mismos terminos del juyzio possessorio, y de fundacion de tercio, y quinto, con exclusion expressa de Religiosos, y Clerigos, ò los demas, que segun la disposicion de dicha ley 27. de Toro se deuieron llamar, D. D. Christoual de Paz, *de Tenut. tom. 1. cap. 30. à num. 25.* Cuyas palabras por ser tan individuales, y decisiuas no deuen omitirse.

29 ¶ Ibi: *His tamẽ nõ obstantibus lõgè verius est, etiã illũ qui substitutionẽ & nominationẽ nõ habet, & volũtati testatoris se opponat, tenutam proponere posset; vtputa si in maioratu, Monachus, Clericus, vel fœmina, exclusi essent ab institutore, & ipsi excludi non potuisse alegent, cum absque Regia facultate primogenium*

nium institutum sit, & in casibus similibus iuxta ea qua latè tractabimus, in lege 200. Taur. quæst. 6. & sequentib. Nam, & hi a quantum uis exclusi sint, actionem tenutæ mobere poterunt. Primo namque qui tenutam proponit, illud agit, vt verus successor declaretur; & in eum possessionem legalem fuisse translatam: aduersarius tamen opponit, ipsum esse exclusum, & remedia possessoria ei non competere; exclusus vero replicat, excludi nõ potuisse, cum ei assistat legis 27. Taur. decisio, & nemo posset facere quin leges in eius dispositione locum non habeat. Y prosigue fundandolo muy docta, y eruditamente, satisfaciendo à dicha oposicion, y â todo lo demas que puede considerarse en contrario.

30 ¶ Con que solo resta satisfacer à las dos oposiciones en que parece se haze todo el esfuerço por dicho don Agustin.

31 ¶ La primera, por dezir, que aunque la dicha exclusiun de los Religios es tan absoluta, y expressa, se deue entender solamente en competencia de los transuersales; pero no mientras huuiesse descendientes del fundador, y deuerse solo tener por prelacion de los descendientes, sin la dicha calidad de Religiosos à los que la tuuieren, como pudiera auerlo hecho, segun la disposicion de la misma ley 27. de Toro, que lex solum prohibet, quod descendentibus exclusi trāsuersales admittātur nō autē denegat electionē parenti inter suos descendentes, segun lo notò el señor Molin. *de Primog. ad dict. lib. 2. cap. 12. num. 54.* en las anotaciones que estàn al fin de sus obras, *num.* [illegible] *ad fin.* Et alijs relatis sequuntur Adit. ad prædictum, *cap. num.* 53. vers. *Hæc repetit* [illegible]

32 ¶ Y la segunda, por auerlo assi manifestado, y declarado en las vltimas palabras de dicha clausula, ibi: *Y mandando que aunque* [illegible]

go descendiente mio, no suceda ninguno que sea Clerigo.

33 ¶ Pero sin embargo no parece que pueden obstar en manera alguna dichas oposiciones. Lo vno, porque segun la clausula referida; la exclusion de los Religiosos no es limitada, ò despues de los descendientes del fundador, sino absoluta, y general, sin que en ningun caso, ni tiempo los llamasse, y assi se deue entender generalmente, y es comprehensiua de todos los tiempos, y casos, etiā quod in vno sit maior ratio, quam in alio, *l. 1. § quod autem, ff. de alea toribus, l. in fraudem, in fin.* Et ibi Bald. *ff. de testament. milit.* Surd. *cons. 335. num. 39.*

34 Con que siendo tan diferentes, y aun opuestos, y contrarios los casos de ser la exclusion expressa, y absoluta, y el de querer induzir llamamiento de los mismos Religiosos que se hallan excluydos; para por este medio preferirlos, es cosa bien repugnante, y opuesta, y que de ninguna forma pueden concurrir; como tan ex diametro contrarias entre si: *leg. Mutuus, ff. pro socio, l. 1. C. de functis.* Menoch. *de retin. possess. remed. 3. num. 516.* Monachus *decis. Lucens. 25. num. 6.*

35 Imò potius, se adinvicem elidunt, & mutuo se expellunt, vt vno posito remoueatur alterum. Surdus *decis. 24. num. 10. & decis. 92. nu. 11.* Gonçalez, *in Reg. 8. Cancellaria, glos. 54. num. 24.* Angelo *de legitim. contradict. quast. 2. num. 59.* Molin. *de Ritu nuptiar. lib. 1. cap. 15. num. 22.*

36 Lo otro, porque no es lo mismo que el fundador pudiesse preferir a los descendientes seglares a los que fuessen Religiosos, que el excluyrlos absolutamente; porque aunque pudiera hazer lo primero, no lo hizo, si no totalmente lo contrario; y que segun la forma, y disposiciō

de

de la ley 27. de Toro no podia hazer, ex fundatis *sup. num.* copiosse Dom. Castill. *lib. 2. cap. 7.*

37 ¶ Et sic, quod potuit noluit, & quod noluit adimplere nequiuit: ad text. *in cap. cũ nuper, Abbatia, de Officio, & Potestat. iudice delegat.* ibi: *Voluntate, & potestate sibi mutuo aduersantibus, cum voluerit, quod potuerit, & quod voluit adimplere nequiverit*, vbi communiter omnes.

38 ¶ Ni quando la ley resiste á el acto, como en este caso lo haze la ley 27. de Toro, ibi: *Con tanto que lo hagan.* Et ibi: *Y que de otra manera no puedan poner grauamen, ni condicion al dicho tercio*, no importa que se pudiesse hazer en otra forma, porque no executandose segun su disposicion, es nulo, y no se puede conservar, etiam eo modo quod fieri, aut valere possit: vbi probant text. *in l. an inutilis, ff. de acceptationib. l. non codicilis, C. de testament.* Et notabiliter in quod Bald. *in l. quaquam, post principium, C. de bon. qua liber.* Gemin. *in cap. 1. §. idem quoque, num. 9. de sponsalium in pub.* ibi: *Quod id quod agitur non valet, & agitur, propter defectum posse, & sic ex defectu in causa efficiente, tunc si lex resistit, & si non valet vt agitur, neque vt valere potest.*

39 ¶ Lo otro, porque no se diera caso en que se pudiera dezir auerse contravenido a la ley 27. de Toro, y fuera lo mismo, guardandose, ò no su forma, & idem consequeretur disponendo contra legem, ac si secundum eam, quod non est dicendum.

40 ¶ Lo otro, porque se dieran dos especialidades, super eadem re contra regulam, *l. 1.* vbi DD. *C. de dictis praemissis.* Et Gloss. *in l. cum post 70. §. in domum, verb. Pracuit, in fin. ff. de iur. dot.* Surd. *cons. 34. n. 46.* Gratian. *cap. 518 num. 27. tom. 3.* D La

41 ¶ La vna, que no auiendose obseruado su forma, se conseruasse la fundacion perpetua sin anularse, llegando el caso del llamamiento de la persona q̄ no se pudo excluyr, que es lo que disputa, y resuelve el señor don Iuan del Castillo, *lib. 2. dict. cap. 7.* Y entonces dize que procede, quod actus valeat eo modo, quod possit ne destruatur fundatio, & obseruetur dispositio perpetua.

42 ¶ La otra, que la exclusion solo se deuiesse entender mientras huuiesse descendientes del fundador, sin que el tal fundador lo dixesse; siendo assi, que el mayor acierto en el conocimiento, y interpretacion de la voluntad del testador, es ajustarse à la letra de su disposicion: *l. 1. §. in re, ff. de exercit. act.* ibi: *In re igitur dubia melius est verbis, & dictis seruire*: melior text. *in l. in his, ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Ea verò, que ex ipso testamento oriuntur necesse est secundum scripti rationem expediri.* Y especialmente en España, *ex l. 5. tit. 33. part. 7.* que manda *se entiendan las palabras de los testadores, llanamente, y como suenan.*

43 ¶ Lo otro, porque pareciera absurdo, que lo que no pudo hazer, ni disponer expressamente, el fundador se huuiesse de tener por hecho, y fundado tacitamente, cum tacite fieri non potest, quod prohibetur expresse: *l. quod certum 41. ff. locat.* Iuan Baptist. Cost. *de Fact. Scient. & Ignorant. centur. 2. dist. 17. num. 3.*

44 ¶ Y en lo individual, aliquibus ex his fundamentis, & alij rationibus, hanc opinionem, & resolutionem, vt veriorem sequitur D. D. Iuan del Castillo, *lib. 5. Controv. cap. 99. num. 9. ad medium* ibi: *Clerici, Religiosa, fœmina, & alij descendentes exclusi non finitis omnibus descendentibus, sed suo solo, & gradu,*

ad

ad exclusionem etiam descendentium remotioris linea, & gradus, sic succedere debeant, ac si exclusi non fuisse, ita vt exclusio sicut operari non potest, respectu transversalium, ita quoque ne respectu descendẽtium, qui in remotiori linea, & gradu constituti sint, quia quod potuit noluit testator, hoc est Clericos, Religiosos, & fœminas descendentes omnibus alijs descendentibus proponere.

45 ¶ Et inferius: *Atque ita videtur, quod non modo idem descendentes succedere debeant, & transversalibus praferri, sed etiam descendentibus qui in remotiori linea, & gradu existant.* Y auiendolo fundado, y comprouado *ex dict. num. 9. vsque ad 12.* por lo formal, y precilo de la obseruancia de la ley 27. de Toro, que induce cõdicion, & in specifica forma debet adimpleri.

46 ¶ In dict. *num. 12.* ita concludit: *Videtur necessario dicendum, quod pradicti descendentes exclusi, eo loco, & gradu succedere debent, quo successuri essent. Si autem non excluderentur certũ est, quod succederent, salva gradus, & linea prarogatiua, si aliter disponere non cauisset, neque disposuisset, & tamen licet inter descendentes posset gradus prarrogatiuas alterare, non tamen alterauit, neque aliter disposuit.*

47 ¶ Ni en los terminos de esto pley to, pueden obstar las autoridades de Tello Fernandez, Angulo, Iuan Gutierrez, y del Padre Molina, de que se opone el señor don Iuan del Castillo, *in dict. cap. 99. à principio*, ni la de los Adic. del señor Molin. *lib. 2. dist. 12. núm. 53. vers. Hac repetit.* porque solamente dize, siguiendo la adicion del señor Molina, *in fin. operis*, que se refiriò *supra num. 3.* Quod ex dict. *l. 27.* Taur. non denegatur parentibus electionẽ in

inter suos descēdentes, que es caso muy distinto porque aqui no huuo eleccion, ni prelacion, si no absoluta exclusiō, q̄ de ninguna forma puede subsistir, segun su mismo sentir, vt apud eos videri potest, præcipuè el P. Molin. in loco supra citato (que como dize el señor don Iuan del Castillo, fue quien se llegô mas à la dificultad) ibi: *Quod intellige de omnimoda exclusione.*

48 ¶ Et vtcumque sit ex alio capite, no pudiera don Agustin del Busto hazer oposicion, ni competencia à dicha Religiosa, y su Conuento.

49 ¶ Videlicèt, porque la controuersia referida no procede en caso de competēcia con el hijo del primero llamado, y en cuya cabeça se hizo la mejora, y fundacion vinculada: nam tunc, aunque sus hijos, y descendientes varones, y hembras no estuuieran tā expressamente llamados, como lo estan, se deuieran preferir à qualesquier sustitutos: vti in pūcto optimè advertit Angulo, *de Meliorationib. in l. 11. gloss. 6 num. 6.* ibi: *Substitutos autem in casu huius legis, excluditur per filios, & descendentes illius, qui primo loco melioratus fuit, non solum si ij fuere expresse vocati, sed etiam si eorū expressa mentio facta non sit.* Y prosigue fundandolo, ora sea en contrato, ò en vltima voluntad la fundacion.

50 ¶ Y assi los descendientes de que habla la ley 27. de Toro, con obligacion precisa de auerse de llamar en primero lugar, no son los descendientes del fundador, sino del primero llamado: ex singulari, & genuina ratione adducta à Ludouic. Velazq. de Aucnd. *in dict. l. 27. Taur. num. 9.*

51 ¶ Ibi: *An verba illa, sus descendientes. Et illa sus ascendientes, intelligantur de descendentibus filij, vel testatoris, & omissis*

con-

considerationibus quæ deduci à lege poterant secure crederem, verba prædicta esse referenda ad filios seu descendentes prælegatarii non testatoris, quia si tertium postquam in eo filios eligitur efficitur eius propriũ patrimoniũ, & substantia, tutius esset eius filios substituti debere, quam fratres ipsius filii scilicet testatoris, & respectu instituti transversales, ne sequeretur iniquitas, & absurdum. Nempe quod in maioratu ex tratio instituto non admitterentur filii primi instituti, sed frater eius transversalis, contra naturam eius successionis, quæ filios primi instituti semper, & vbique patris prætulit. No parece señor que puede auer lugar tan decisiuo.

52 ¶ Y lo comprueua por decision expressa de la *l. humanitatis, C. de impuberum, & aliis substit.* (à qua la ley 27. de Taur. omnes fatentur dessuntam esse, vt ait ipse Auendaño) cui concordat. *l. 11. tit. 5. part. 6.* ibi: *Pero si el loco à quiẽ dã substituto tuuiere hijo, o nieto, ò alguno de los otros que descienden por linea derecha del, deuenlos substituyr en su lugar, y no otros, y si alguno de estos no huuiere estonce, le deuen dar substituto à su hermano.*

53 ¶ Con que parece, que queda totalmente excluyda la dicha primera oposicion.

54 Y finalmente menos puede obstar la segunda oposicion, que se saca de las vltimas palabras de dicha Clausula, ibi: *Y mando, que auiendo Clerigo descendiente mio, no suceda ninguno que sea Clerigo.* De donde se quiere induzir no auer sido exclusion absoluta la de los Religiosos, si no solo en caso de no auer descendientes legos.

55 ¶ Nam contrarium manifestè apparet, de la contextura de toda la Clausula, y auer el fundador general, y absolutamente, sin

limitacion, ni restricion alguna, excluydo, y que rido excluyr à los Religiosos de todas Ordenes, menos los militares de Santiago, Calatrava, y Alcantara.

56 ¶ Lo primero, porque assi lo expresso, y manifestò por palabras claras, quibus non est recedendum, *l. 1. § sed si qui habem*, vers. *In re igitur dubia, ff. de exersit. action. l. quidquid astrigenda, ff. de verb. oblig. l. prospexit in principio*, vers. *Ipsa ergo. ff. qui, & a quibus*, Surd. *cons. 315. num.* 18. Gratian. *decis. 43. num. 12.*

57 ¶ Lo segundo, porque en la substancia, en el nombre, y vso comun, es muy diferente el sugeto, y nombre de Clerigo, que el de Religioso, & verba debent inteligi quatenus propietas eorum patitur, *l. cum l. ff. de testamentis, l. 1. §. quod autem, ff de aleator*, Mantic. *de Coniect. Vltim. Volunt. lib.* 8. *tit.* 18. *num.* 35. Petrus Barbos. *in l. quia tale, num.* 37. *ff. solut. matrim. Et vt superius diximus.* En España deue proceder con mayor razon, es expressa decis. *legis Regia* 5. *tit.* 33. *part.* 7. ibi: *Las palabras del facedor del testamento deuen ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, è no deue el juzgador partir del entendimiento dellas.*

58 ¶ Lo tercero, y que totalmente comprueua lo sobredicho, es, que auiendo entrado el fundador por dicha clausula excluyendo assi a los Religiosos, como à los Clerigos, ibi: *Item, que ningun Religioso de ningun Orden, ni Clerigo de la Orden de San Pedro no pueda suceder.* Luego lo limita en solo los Clerigos descendientes suyos, ibi: *E lo que esta dicho de los Clerigos de la Orden de San Pedro, mando que no se entienda, ni comprehenda à mis hijos, y descendientes.* Con que dexò, y quedô absoluta la

ex-

exclusion de los Religiosos, para auerla limitado en los Clerigos: ad text. *in l. quod liquide, §. fin. ff. de pen. legat. cap. 2. de conueng. le profor.* Menoch. *de Arbitr. lib. 1. quæst. 30 num. 4.* Seraphin. *decis. 456. num. 3.* Gonçal. *in reg. Cancelar. gloss. 51. num. 2. & gloss. 54. num. 19.* Et alij quam plurimi passim.

59 Y para que no pudiesse quedar ninguna duda, no se contentò el fundador con dezir, solo, que auiendo *Clerigos*, sino para manifestar mas su animo, y voluntad, pusso la demõstracion de la *Orden de San Pedro*, con que restringiò, y limitò el llamamiento à solo ellos: ad tex. *in l. Lutius, ff. de aliment. legat. l. quidam testamet. in princip. ff. de legat. prim.* Cabalc. *in Tractat de Vsufruct. Mulieri relicto, cap. 9. num. 169.*

60 ¶ Y assi las vltimas palabras de la dicha clausula de que don Agustin se vale, ibi: *E mando que auiendo lego descendiente mio, no suceda ninguno que sea Clerigo.* Se deuen entender precissamente de los de la Orden de San Pedro, à quien solamente auia dado llamamiento, siendo descendientes suyos; quia verba debent inteligi eo respecto, quo prolata sunt: ad text. *in l. debitor. § fin ff. ad senat. Consil. Trebelian. l. qui pater, §. qui duos*, vbi notat Baldo, *ff. de adoptionib.*

61 ¶ Neque appellatione, Clericorũ secularium, como lo son los de San Pedro, possunt, neque debent comprehendi, los Religiosos, siendo en la substancia tan diferentes sus estados: notandissime Menoch. *de Arbitr. lib. 2. caso 421. à num. 63.* ibi.

62 ¶ *Quæ quidem assertio, vel ex eo clare probatur, quod Clerici sine professione tricum votum dicuntur Clerici seculares: Post vota vero dici debent Clerici, vere Religiosi, &*

cer-

certum est maximam esse in substantia differentiam inter Clericos, Religiosos, & seculares, vt anotarunt Decius, in cap. ad nostram, num. 10. in fin. de appellat. & cateri ab eo allegati, ca est ratio, quod Religiosi obedientia causa, magis subijciuntur suis Pralatis, quam Clerici seculares, cap. qualiter, & quando, el 2. in fin. de accusat. & castitas, qua intrinsica anexa est Religioni, alligata non est Sacerdotio, vt ait: Diu. Thomas, 2. 2. quast. 88. art. 11. quam secutus est Dominicus Soto, lib. 7. de Iust. & Iur. quast. 6. art. 2. quo circa rectè censuit Siluestr. in Sũma, in verb. Religio, ill. 1. Religiosum abs-tria solemnia vota appellari. Cum ergo in sui substantia differant Religionis, statutos, & statutos Clicorum secularium, dicendum est duas diuersas esse species, & consequenter hanc Religionem esse nouum statum à primo diuersum, siquidem, vbi res, vel actus aliquid substantiale adijcitur, vel detrahitur, nouus actus, noua res efficiatur. Et prosequitur multis exornans.

63 ¶ Y quando todavia pudiera quedar alguna duda, que no parece auerla, esto solo bastara para que se determinara à fauor del Convento, por ser este juyzio possessorio, y en que no se deuen admitir, ni atender las excepciones que requieren largo conocimiento de causa, & que tam in facto, quam in iure sunt dubie, ex congestis à D. D. Iuan del Castill. *lib. 3. controuers. cap. 24. num.* 22. Giurba, *decis.* 21. *num.* 1.

64 ¶ Ex quibus videtur, quedar desvanecidas totalmente las dichas oposiciones, y que assi, se deue confirmar la sentencia de vista, como se espera. Salva in omnibus V. D. C.

El Licenciado Don Diego Maldonado de Leon.